

Paweł GOLA

REFERAT

Wyjaśnienie oraz modyfikacja treści specyfikacji na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. (Dz.U. Nr 19, poz. 177).

Problem, który pragnę omówić dotyczy dwóch, zwykle powiązanych ze sobą, instytucji ustawy Prawo zamówień publicznych. Są to wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – realizowane poprzez zapytanie co do jej treści - oraz niejednokrotnie wynikająca z tegoż zapytania modyfikacja treści specyfikacji.

Obie te instytucje, wyjaśnienie oraz modyfikacja treści specyfikacji, są bezpośrednio związane z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych a mianowicie:

- zasadą równego traktowania stron oraz zasadą zachowania uczciwej konkurencji,
- zasadą jawności,
- zasadą pisemności postępowania.

Można nawet stwierdzić, że jeżeli chodzi o zasady równego traktowania stron i zachowania uczciwej konkurencji to możliwość zadawania pytań do specyfikacji jest wręcz dopełnieniem obowiązku traktowania na równych prawach wszystkich podmiotów. Oto przecież każdy wykonawca może zadać pytanie na takich samych prawach. Pytanie każdego wykonawcy powinno być rzetelnie rozpatrzone, a jeżeli nakazują to wyciągnięte z zapytania wnioski i nie narusza to innych przepisów ustawy prawo zamówień publicznych zamawiający winien odpowiednio zmodyfikować specyfikację. Przecież możliwość zadawania pytań zamawiającemu to nie tylko prawo upewnienia się czy wykonawca właściwie interpretuje zapisy specyfikacji, ale także praktyczna możliwość skierowania uwagi zamawiającego na niedociągnięcia specyfikacji, czasem naruszające właśnie zasadę równości wykonawców.

Jeśli chodzi o zasadę jawności postępowania to dla instytucji wyjaśnienia treści specyfikacji wiąże się ona z obowiązkiem przekazywania treści tak zapytań jak i odpowiedzi innym wykonawcom występującym w postępowaniu. Tym wykonawcom, którzy otrzymali specyfikację istotnych warunków zamówienia.

Zasadę pisemności postępowania precyzują w szczególności art. 9 i 27 Prawa zamówień publicznych i zapisy te odnoszą się zarówno do porozumiewania się

zamawiającego i oferentów w sytuacji zapytań do specyfikacji jak również w sytuacji modyfikacji jej treści.

Przepisy dotyczące omawianego problemu, tj. wyjaśniania i modyfikacji treści specyfikacji, zawarte są w art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Sposób w jaki wykonawcy mogą realizować to uprawnienie określony został jednak we wcześniejszych przepisach ustawy.

Art. 9 określa, że postępowanie o udzielenie zamówienia należy prowadzić w formie pisemnej, a także w języku polskim.

Ustawa przewiduje jednak wyjątki od zasady pisemności postępowania. Wyjątki takie zawiera art. 28, który w ust. 1 określa, że w postępowaniach poniżej kwoty 60 tys. euro wnioski, zawiadomienia oraz informacje mogą być składane pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną, zależnie od wyboru zamawiającego. Tym niemniej jeżeli dokumenty takie lub informacje są przekazywane w formie innej niż pisemna, każda ze stron na żądanie drugiej niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania. Ważnym zastrzeżeniem jest zapis ust. 3, że wybrany sposób przekazywania informacji, jeżeli jest to droga elektroniczna, nie może ograniczać konkurencji. Co oznacza, że na żądanie wykonawcy nie posiadającego dostępu do środków przekazu elektronicznego zamawiający powinien wskazać inny sposób przekazywania dokumentów.

Tym samym ustawa Prawo zamówień publicznych określa, że wykonawca chcąc uzyskać wyjaśnienia odnośnie specyfikacji istotnych warunków zamówienia powinien przesłać zapytanie w formie pisemnej, chyba, że postępowania toczy się w trybie uproszczonym, poniżej 60 tys. euro, a zamawiający wybrał inny sposób przesyłania dokumentów.

W art. 38 ust. 1 Pzp znajduje się przepis, że Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wątpliwości powstają gdy z zapytaniem do specyfikacji zwróci się osoba lub firma, która nie otrzymała specyfikacji, a jej wątpliwości wzbudziło np. ogłoszenie o postępowaniu. Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje w art. 38 ust. 1, że z zapytaniem do specyfikacji może się zwrócić jedynie wykonawca. Wykonawcą zaś w rozumieniu art. 2 pkt 11 jest osoba fizyczna, prawna lub jednostka organizacyjna

nieposiadająca osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. W przypadku przetargu nieograniczonego będzie to osoba, która co najmniej zwróciła się z wnioskiem o przekazanie specyfikacji.

W którym momencie wykonawca może zwrócić się do zamawiającego z prośbą o przekazanie wyjaśnień odnośnie treści specyfikacji?

Przepis art. 38 ust. 1 wskazuje, że jest to czas pomiędzy uzyskaniem przez wykonawcę specyfikacji, a 6 dniem przed terminem składania ofert. Przy czym w przypadku terminu końcowego decyduje moment w którym zamawiający otrzymał zapytanie.

Co do terminu składania ofert to należy zauważyć, że zgodnie z art. 86 ust. 2 Prawa zamówień publicznych termin ten co do dnia winien być tożsamy z terminem otwarcia ofert.

Na zapytanie zamawiający winien odpowiedzieć niezwłocznie chyba że prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego na mniej niż 6 dni przed terminem otwarcia ofert. W przypadku gdyby prośba o wyjaśnienie treści specyfikacji wpłynęła do zamawiającego później niż na 6 dni przed terminem składania zamówienia zamawiający nie ma obowiązku udzielania wyjaśnień w trybie art. 38.

W przypadku gdyby zamawiający uznał, że wątpliwości co do specyfikacji są istotne i uzasadnione, a także powodują konieczność zmiany specyfikacji, powinien jednak rozważyć możliwość działania w trybie art. 38. Tym bardziej, że w interesie zamawiającego leży przeprowadzenie postępowania w sposób zarówno zgodny z przepisami prawa jak i w sposób skuteczny. Skuteczny, czyli z uzyskaniem prawidłowo złożonych ofert na podstawie dobrej specyfikacji. Nie dający się skutecznie zaskarżyć na dalszych etapach postępowania przetargowego jak i sądownie. Dlatego też należy brać pod uwagę nawet te wątpliwości wykonawców, które dotrą do zamawiającego już po terminie, w którym jest on zobowiązany z mocy prawa je rozpatrzyć.

Zgodnie z zasadą równego traktowania stron oraz przepisem art. 38 ust. 2 zamawiający ma obowiązek przekazania wyjaśnień wszystkim wykonawcom, którym doręczono specyfikację, bez ujawniania źródła zapytania.

Ust. 3 art. 38 zawiera przepis, że zamawiający może zwołać zebranie wszystkich wykonawców w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Decyzja taka jest uzależniona od woli zamawiającego, jednakże musi być poparta istniejącymi wcześniej wątpliwościami co do treści specyfikacji, przy czym co jest oczywiste wątpliwości te muszą pochodzić od wykonawców oraz zachowywać formę przewidzianą w danym postępowaniu dla porozumiewania się pomiędzy wykonawcami, a zamawiającym.

Ze spotkania tego zamawiający sporządza informację zawierającą zgłoszone na zebraniu zapytania wraz z odpowiedziami, bez wskazania źródła zapytań. Informację tą doręcza niezwłocznie wykonawcą, którym przekazano specyfikację. Zapis ten różni się o tyle od zapisu ust. 2 zawierającego informację o sposobie postępowania z pisemnym zapytaniem do specyfikacji, że w przypadku zapytania pisemnego, bez ogólnego zebrania wykonawców, zamawiający nie ma obowiązku przesłania innym wykonawcom treści zapytania, a jedynie odpowiedzi na nie. Różnica ta wydaje się jednak złudna i nie mająca logicznego umocowania, gdyż sposób odpowiedzi na zapytania bez podawania ich treści może być zwyczajnie dla zamawiającego trudny, może on w dodatku wzbudzać pewne wątpliwości u wykonawców, powodując dalsze zapytania, a nawet protesty.

Należy również zwrócić uwagę na fakt, że ustawodawca nie określił ram czasowych w których możliwe jest zwołanie zebrania wszystkich wykonawców. Z treści przepisów art. 38 wynika jednak, że jest to możliwe od momentu po wszczęciu postępowania, gdy specyfikacja jest już opracowana, a wykonawcy już ją pobrali. Wskazuje na to zapis, że informację ze spotkania przekazuje się tylko wykonawcom, którzy pobrali specyfikację, jak również fakt, że spotkanie jest zwołane w celu wyjaśnienia wątpliwości dotyczących specyfikacji. Innymi słowy zamawiający nie organizuje zebrania w trybie art. 38 ust. 3 w celu opracowywania specyfikacji, ale w celu wyjaśnienia jej zapisów. Terminem zamykającym możliwość takiego spotkania jest dzień składania ofert, gdyż ustawodawca nie dał tu tym razem dalszych ograniczeń. Tym niemniej w przypadku gdyby zebranie takie zostało zwołane tuż przed otwarciem ofert, a z jego przebiegu wynikło, że wątpliwości co do specyfikacji są na tyle istotne i uzasadnione, że mogą spowodować złożenie błędnych ofert zamawiający powinien dokonać modyfikacji treści specyfikacji, przedłużając jednocześnie okres składania ofert, by dać wykonawcom szansę na ich poprawne przygotowanie.

W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może w każdym czasie, przed upływem terminu składania ofert, zmodyfikować treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przekazując treść tej modyfikacji wszystkim wykonawcom, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia. Przy czym zapis art. 38 ust. 4 o niezwłoczności takiego przekazania nie ma tu istotnego znaczenia, gdyż termin dokonywania zmian w specyfikacji jest ograniczony jedynie dniem składania ofert, a w przypadku ewentualnych opóźnień w przekazywaniu zmian wykonawcom zamawiający będzie zmuszony, pod groźbą wniesienia protestu do przedłużenia terminu składania ofert z uwagi na przepis art. 38 ust. 6.

Większe znaczenie ma ograniczenie dotyczące możliwości modyfikowania specyfikacji zawarte w ust. 5 omawianego artykułu. Otóż zmiany specyfikacji nie mogą dotyczyć kryteriów oceny ofert za wyjątkiem sytuacji opisanej w art. 58 oraz art. 65 Prawa zamówień publicznych, a dotyczącej postępowania w trybie negocjacje z ogłoszeniem, kiedy zamawiający może, przed wystosowaniem zaproszenia do składania ofert, zmieniać m.in. kryteria oceny ofert oraz ich znaczenie. Zamawiającemu nie wolno również po ogłoszeniu postępowania dokonywać jakichkolwiek zmian warunków udziału w postępowaniu, a także sposobu spełnienia tych warunków.

Należy zauważyć, że przepis art. 38 ust. 5 jest przepisem bezwzględnie obowiązującym i zastrzeżonych w nim zmian nie wolno dokonać także wtedy gdy w trakcie postępowania zostaną wykryte błędy prawne w tym zakresie. Zamawiającemu w takim przypadku pozostaje tylko droga unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7, tj. z uwagi na wadę obarczającą postępowanie, której efektem jest brak możliwości zawarcia ważnej umowy.

Warto również zwrócić uwagę na pewne wątpliwości jakie powstają w związku z przepisem art. 38 ust. 5. Otóż, o ile nie budzi wątpliwości ocena co to są kryteria oceny ofert, to powstaje pytanie co należy rozumieć jako warunki udziału w postępowaniu oraz sposób oceny ich spełnienia. Wątpliwości na to pytanie pomagają rozwiązać przepisy zawarte w art. 36 ust. 1 pkt 8 i 9 Prawa zamówień publicznych, tj. przepisy dotyczące specyfikacji. Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca dokonał rozróżnienia pomiędzy sposobami dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu, a oświadczeniami i dokumentami jakie mają dostarczyć wykonawcy w

celu potwierdzenia spełniania tych warunków. Oznacza to, że w toku modyfikacji treści specyfikacji istnieje możliwość zmiany wymagań co do dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak zmiany takie nie mogą wykraczać poza uregulowania zawarte w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004r. w sprawie rodzaju dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. Nr 71, poz. 645).

W przypadku dokonania zmian w specyfikacji zamawiający zobowiązany jest do przedłużenia terminu składania ofert. Przy czym przedłużając ten termin powinien uwzględnić czas niezbędny do wprowadzenia w ofertach zmian wynikających z modyfikacji. Wynika to z interpretacji gramatycznej przepisu art. 38 ust. 6 oraz jest potwierdzone w publikacji pod redakcją Tomasza Czajkowskiego „Prawo zamówień publicznych - komentarz” (str. 137). Co prawda może się pojawić sytuacja gdy zmiana w specyfikacji nie będzie wymagała, zdaniem zamawiającego, dodatkowego czasu na przygotowanie ofert (np. dokonana na 40 dni przed terminem składania ofert), jednakże wyrażenie „przedłuża termin” świadczy o konieczności takiego zabiegu, w odróżnieniu od ewentualnego zapisu np. „może przedłużyć termin”. Tak też nakazuje tą sprawę rozpatrywać zespół autorów opracowania pod redakcją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Zgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców o przedłużeniu terminu zamawiający zawiadamia wszystkich wykonawców, którym przekazano specyfikację istotnych warunków zamówienia. Dodatkowo ustawodawca w art. 38 ust. 7 wskazał, że minimalnym terminem, o który zamawiający jest zobowiązany przedłużyć czas składania ofert w przypadku zamówień na roboty budowlane o wartości przekraczającej 5 mln euro, a w przypadku dostaw i usług 130 tys. euro jest okres 7 dni. Jest to związane z faktem, że w przypadku zmian w postępowaniach o większej wartości, a więc najczęściej bardziej złożonych, z większą ilością dokumentów, wykonawcy będą potrzebowali większej ilości czasu na ich uwzględnienie w ofertach. Już samo przeglądanie ofert pod względem ewentualnej konieczności wprowadzenia zmian w niektórych ich elementach będzie czynnością czaso- i pracochłonną.

Istotnym problemem interpretacyjnym jest fakt, czy modyfikacja treści specyfikacji może bezpośrednio wynikać z wniosku o jej wyjaśnienie. Czyli innymi słowy, powstaje pytanie czy wykonawca może zwrócić się do zamawiającego, żeby dokonał pewnych określonych zmian w treści specyfikacji. Należy zauważyć, że przepisy dotyczące zapytania do specyfikacji nie dają wykonawcom możliwości domagania się zmiany specyfikacji, tym niemniej możliwość zadania pytania w sposób, który wskaże zamawiającemu taką konieczność wydaje się możliwa. Taką tezę potwierdza również linia orzecznicza Zespołów arbitrow. Zgodnie z wyrokami Zespołu Arbitrow z dnia 5 sierpnia 2004r. (sygn. akt UZP/ZO/0-1206/04 i UZP/ZO/0-1207/04) modyfikacja treści specyfikacji, bezpośrednio wynikająca z wniosków o jej wyjaśnienie może zostać przekazana wykonawcom tym samym pismem co wyjaśnienie specyfikacji.

Podobnie w wyroku z dnia 18 stycznia 2005r. (sygn. akt UZP/ZO/0-41/05) zespół arbitrow zgodził się z tezą zamawiającego, że wniosek o udzielenie wyjaśnień do specyfikacji może doprowadzić do konieczności modyfikacji specyfikacji. Oraz, że zmiana taka, dokonana przez zamawiającego jako odpowiedź na zapytanie jest ważna i zgodną z przepisami prawa.

Na zakończenie warto zwrócić uwagę na fakt, że instytucja wyjaśnienia treści specyfikacji może być jednak dla wykonawców także nieco kłopotliwa. Otóż w przypadku gdyby w specyfikacji pojawił się problem, mający charakter wątpliwości interpretacyjnej, który mógłby naruszać interes wykonawcy, wykonawca taki ma do wyboru dwie drogi. Może zwrócić się do zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie specyfikacji, albo, kierując się własną interpretacją, złożyć protest na zapis specyfikacji. Wynika to krótkich z terminów obowiązujących w Prawie zamówień publicznych oraz z zapisu art. 180 ust. 2 regulującego, że protest należy wnieść w terminie 7 dni od dnia, w którym wykonawca, powziął lub mógł powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia. Interpretacja Urzędu Zamówień w zakresie tego zagadnienia jest taka, że te 7 dni należy liczyć od dnia pobrania specyfikacji, a nie np. od dnia uzyskania odpowiedzi na wątpliwości co do jej treści. Skutkuje to tym, że czas na zapoznanie się ze specyfikacją, ewentualne zgłoszenie wątpliwości co do jej treści, uzyskanie na te wątpliwości zadowalającej odpowiedzi oraz przygotowanie i złożenie protestu skraca się właśnie do 7 dni. W związku z tym wykonawca nie ma prawnej możliwości skorzystania z najbardziej

racjonalnej drogi, czyli najpierw złożenia wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji, a następnie, w przypadku gdyby potwierdziły się przypuszczenia co do naruszenia jego interesu prawnego – wniesienia protestu.

Jest to w pewnej mierze logiczne gdyż w przeciwnym wypadku instytucja wyjaśniania treści specyfikacji służyłaby do przywracania terminu do składania protestu. Tym niemniej nie ma uzasadnionych przesłanek, by jedynym ograniczeniem na złożenie protestu na specyfikację nie mógł być termin 3 dni przed terminem składania ofert. Innymi słowy dodatkowe ograniczenie możliwości wnoszenia protestu na specyfikację do 7 dni od dnia, w którym wykonawca pobrał specyfikację wydaje się bezzasadne i ogranicza wykonawcom możliwość skorzystania z instytucji wyjaśnienia treści specyfikacji. Tym bardziej, że w obecnym stanie prawnym istnieje faktyczna możliwość posługiwania się wykonawcami podstawionymi, którzy będą pobierali specyfikację tylko po to by móc złożyć protest, a nie po to by wziąć udział w postępowaniu. Wydaje się, że ta kwestia będzie wymagała naprawienia w przyszłych nowelizacjach przepisów dotyczących zamówień publicznych.